

オーストリアにおける措置概念の研究 (上)

Der Rechtsbegriff des “AuvBZ”
—im Vergleich mit dem japanischen

今 村 哲 也

目 次

| | |
|-------|------------------|
| 序 章 | 問題関心の起点 |
| 第 1 章 | 新制行政裁判権の概要 |
| 第 2 章 | 憲法典における行政裁判権 |
| 第 1 節 | 決定に対する統制 |
| 第 2 節 | 「措置」に対する統制 |
| | (以上, 本号) |
| 第 3 章 | 警察法における審理申立 |
| 第 1 節 | 警察活動の法律適合性を求める権利 |
| 第 2 節 | 措置に対する統制 |
| 第 3 節 | 高権的事実行為に対する統制 |
| 結 章 | わが国への示唆 |

序章 問題関心の起点

行政不服審査法（行服法）は、「行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たる行為に関し、国民が簡易迅速かつ公正な手続の下で広く行政庁に対する不服申立てをすることができるため」の制度を定め、「国民の権利利益の救済を図るとともに」、公益たる「行政の適正な運営を確保することを目的とする」（1 条）。また行政事件訴訟法（行訴法）も、上位概念である「抗告

訴訟」を上げこれを「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」(3条1項)」として、国民の権利救済(基本的人権と国務請求権の保障)を法目的として明記しないものの、行政不服審査法に同じく「不服」の訴訟として位置づけている⁽¹⁾。

一般に、制度設計における目的の設定とそのための手段の選択の乖離は避けられない。したがって、「不服」の原因である権利利益の侵害に対する救済を実現するための手段選択の充実、およびその要件規範の解釈余地が、権利保護制度全体の機能効果の実効性と制度に対する評価を大きく左右することになる。

行政紛争に起因する「不服」の解消に向けられるこの2法に共通する概念である「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」(行服法1条2項、行訴法3条2項)に関する解釈は、制度利用の可能性と射程を左右する大きな課題であるにもかかわらず、その輪郭はなお不明確である⁽²⁾。

もちろん「行政庁の処分」概念(行服法1条2項・行訴法3条2項)については、学説および最高裁判例の確立もあり、各行政分野に関する個別の実体行政法規および関連法令の条文解釈からその判定は比較的容易である(「処分性」判断)。

これに対し、行政庁の処分を補充する概念である「公権力の行使に当たる行為」概念(行服法1条1項・2項、行訴法3条2項)については、行訴法にあっては「抗告訴訟」を「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいう」としている点で混乱が生ずる。条文表現からは、公権力の行使が「行政庁」に限定されるものと解せられる。しかしながら、公権力的行為ないし公権力の行使は、権限行使を個別実定法の個々の規範で授権される一般行政に従事する機関(行政庁)に限定されるものではない。むしろ広く、警察官の職務権限に関する概括的授権法である警察官職務執行法による各種の行為は、警察(執行)「機関」によるものであるが、まさしく「公権力の行使」に当たることはいうまでもない⁽³⁾。

確かに、使用される文脈における概念の広狭がその理解を困難にする面もある。すなわち、「行政庁の公権力の行使」(行訴法3条1項)については、「行

政庁の処分」と「その他公権力の行使に当たる行為」を含む上位概念（行訴法 3 条 1 項）と、「行政庁の処分」に対する補充概念（行服法 1 条 1 項・2 項，行訴法 3 条 2 項）としての，広狭 2 つの意味があることになる — この点，旧行服法は「定義」として「処分」には，…公権力の行使に当たる事実上の行為で，人の収容，物の留置その他その内容が継続的性質を有するもの（以下「継続的事実行為」という。）が含まれるものとする。」（旧法 2 条 1 項）としていたが，ここでいう「公権力の行使」も補充概念に属するものである（行服法はこのような定義規定を欠くが，当然に同趣旨と解される。参照，行服法 47 条・65 条）。

上位概念たる「行政庁の公権力の行使」は，民法法律行為との対照をなす「(法律行為的・準法律行為的) 行政行為」をめぐる法的紛争と民事紛争との管轄区分の意味において用いられており（参照南・高橋・市村・山本編集『条解行政事件訴訟法（第 4 版）』平成 26，36 頁〔高橋滋〕），他方，補充概念としての「公権力の行使に当たる行為」は，国民の権利利益に障害を及ぼすおそれのある公権力作用の多様性とこれに呼応すべき権利救済の端緒である行政争訟の要件としての意味で用いられており，そこでは行政行為概念を中心に公権力的な事実「行為」が想定されている（法律行為的行政行為概念が機関に法律上の決定意思を表示する能力の付与を意味するのに対し，準法律的行政行為は機関によってなされる行為あるいはその結果に着目する概念である。）。

本稿は，以下，行政活動に対する法律の全部留保主義（憲法典 18 条 1 項），これを受けた警察活動の権限・任務・救済にかかる法典の確立（安全警察法典主義），さらには行政裁判権の憲法保障（憲法典 129 条以下）といった法原則および法制度がわが国とは相違するものの，類似の法概念である「決定」すなわち「行政庁の処分」概念と並びこれを補充する，「直接的行政庁的下命権および強制権の行使に当たる行為（措置）」概念を採用し，それぞれの行為類型に対し権利保護の憲法的保障を実施し，権利救済制度をヨーロッパ標準に向け拡充するオーストリア憲法典さらには警察法における権利救済（行政裁判所への審理申立）規定の解釈と分析を手がかりに，わが国法概念の解釈ならびに権

利救済法制のさらなる拡充発展のための示唆と資料を提供する。

論考のプロセスは以下のとおりである。

オーストリアは 2012 年行政裁判権に関する関連法改正を行ない（通称『2012 年新制行政裁判権』）、1875 年創設による在来の連邦でひとつの行政裁判所および各邦における行政不服申立制度を担う「独立行政審判部（UVS）」を、連邦と邦それぞれのレベルでの行政裁判所として統合再編し、行政裁判権を 2 元化した（第 1 章）。これにより、かねてからのヨーロッパ人権裁判所ならびに憲法裁判所によるヨーロッパ人権規約 6 条（公正手続に対する権利）に照らし、在来の行政裁判および審級手続に疑義を示す判例の圧力の下で 1988 年憲法典改正（20 条 2 項 3 号、133 条 4 号）により創設された独立行政審判部は、いまや邦行政裁判所となり、ヨーロッパ連合基本権章典 47 条（実効的権利手段および公平な裁判を求める権利）の要請にも合致する、正規の司法機関に属しない機関により担われる裁判機能（Tribunal）となっている⁽⁴⁾。

改正憲法典に位置づけられた行政裁判権（130 条 1 項）の下では、「行政庁」による「決定」カテゴリーと、主として安全警察（執行）「機関」による「直接的行政庁的下命権および強制権の行使に当たる行為」のカテゴリーが区別され、それぞれに裁判審理の申立（権利保護）可能性が開かれている。これに従い、行政庁による「決定」（第 2 章第 1 節）、警察執行機関による「直接的行政庁的下命権および命令権の行使に当たる行為」（第 2 章第 2 節）、それぞれの概念の属性分析を行なう。

憲法典規定は憲法典規定自身（130 条 1 項）のほかさらに、行政裁判所の事項的管轄を個別の連邦と邦の各立法により創設することを許容している（130 条 2 項 1 号）。これを受けて、安全警察法が独立行政審判部時代から権利保護の対象としていた警察法分野における「措置」概念と（第 3 章 1 節）、実際に該当認定された具体的な「直接的行政庁の下命権および強制権の行使に当たる行為」を考察する（第 3 章 2 節）。

安全警察法は、独自に、権利救済機会の端緒である措置概念を補完する概念としてさらに、「単純高権的行為」をも権利保護規定の対象として想定する。

この点にも考察を加える（第3章第3節）。

これら分析と考察をふまえた上で、わが国の行政活動にかかる権利救済手続法において統一化された「行政庁の処分」概念、さらには「その他公権力の行使に当たる行為」概念の、特に警察活動分野での法解釈に対するオーストリア法における措置概念等の有用性の検証と、争訟における手段選択の可能性を検討し、さらに制度設計への示唆を提供することとする（結章）⁽⁶⁾。

注

- (1) 行政に対する「不服」については、権利利益侵害といった主観的要素ばかりでなく、客観的要素（制度不備・機関の質不足・行政運営の不全等）も含みうる（これを前提とする規定として、行訴法10条1項「主張制限」をあげることもできる）。この点については、別途、オンブズマン制度のごとく、制度改革を指向する手段選択が考えられる。オーストリアにおけるオンブズマンの積極的展開については、拙著「オンブズマンの現代法的展開——請願の受容と国際人権法の国内実効」明治大学法科大学院論集第14号（2014・3）207頁以下および「オンブズマンの再編（オーストリア）——OPCAT（拷問等禁止条約選択議定書）発効を契機として」国際人権25号（2014・11）95頁以下を参照されたい。この流れから、オーストリアではオンブズマンによる基本権保護の視点も重要である（例えば、個別法における例を上げて論ずるものにReinhard Klaushofer, Grundrechtsschutz durch die Volksanwaltschaft in Karina Pabel/Nicolas Raschauer (Hrsg.) Die Organisation des Grundrechtsschutzes, 2014, 103ff.)。
- (2) 「「その他公権力の行使に当たる行為」に該当するものの範囲については、確立した判例はなく、学説も分かれている」。塩野宏・高木光『条解行政手続法』（平成12年）14頁。
- (3) 筆者はすでに、「判例における警察事実活動の位置づけ」明治大学法科大学院論集第10号（2012・3）391頁以下において、自動車検問を素材とする判例研究を行なったが、警察官職務執行法各条による個々の警察官（機関）への厳しい要件設定の下での職務質問、保護等の権限の付与（授権）は、一般行政法での個別実定法による授権構造と同旨であり、これは各警察官の小型武器の所持（警察法67条）および武器の使用を認める警察官職務執行法自身の規定（7条）により、その行為自体に実効性（執行力）が担保されていると見ることができる。

警察一般法による授権ではあるが、機に臨んで、「公権力性」、「法効果性」、「直接性」、「個別性」の各要素が確認される。この構造から、執行機関の単なる

事実行為でなく、行政処分概念に照らしても即時的即応的かつ実効的な法的行為ともいえる。行政手続の経由を原則とする行政庁（公安委員会）処分とは異なるが、「行政庁的」処分であり「その他公権力の行使に当たる行為」である。また、行政手続法の定義規定（2条）を手がかりに、国の警察官職務執行法を執行する地方公共団体の機関たる警察官の行為も処分（あるいは「事実的？処分」処分類似行為）と概念できる。室井力・芝池義一・浜川清編著『コンメンタール行政法Ⅰ』（第2版：2008年）30頁以下。したがって、「直接的行政庁的下命権および強制権の行使に当たる行為」概念は警察官職務執行法における「公権力の行使」概念に符合する。

- （4）前身である独立行政審判部（UVS）は Independent Administrative Review Panels と英訳されるが、各邦に設置された、一般行政組織と完全に分離された、司法的特徴を有する合議制行政庁である。オーストリアがヨーロッパ人権規約（規約）を1959年に批准した当時、行政刑罰法の手続は規約5条（自由と安全の権利）の水準を満足するものではなく、そのため1950年一般行政手続法で制定されていた自由剥奪条項への適用を排除する制限を設けた（規約5条の適用を留保した）。しかしなお（本行政）刑事手続における公平手続保障を求める規約6条（特に刑事追迫に先立つ聴聞保障）にも適合せず、行政裁判所による事後の審査の可能性のみが残されていたに過ぎず、加えて、現状は、司法的独立性を持たない下級行政官庁が行政裁判所の前提とする事実を確定していたからである。さらに1988年1月に発効する7号規約議定書の2条（刑事事件に関する控訴権の保障）が刑事手続における2段階の司法手続を要求することとなり、先の対応では現代人権法の観点からますます疑義あるものとなった。これを契機として、1988年の憲法典改正により各邦に独立行政審判部が設置されることとなった。Ingrid Siess, Die Vollstreckung von Geld- und Freiheitsstrafen im Verwaltungsrecht, 1993, 16f. および Herbert Hausmanninger, Austrian Legal System, 2011, 4th. ed., 127f. 同旨, Christoph Grabenwarter / Michael Holoubek, Verfassungsrecht Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 2014, 155. ただし、独立行政審判部設立自体の権利保護的課題はなお継続していた。例として, Peter Pernthaler (Hrg.), Unabhängige Verwaltungssenaten und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1993. 所収の各論考。

- （5）旧行服法では「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」にかかる不服申立てに関する一般概括主義（1条2項）を採用し、他方で特別法規定によるもの（1条2項）、および「適用除外」事項（4条1項ただし書き）を定めていたが、別途、特別法による不服申立制度の創設を促していた（4条2項）。現行服法に「一般概括主義」の明記はないが、「特別の不服申立ての制度」の規定を置き、特別法による固有の制度化も阻まれてはいない（8条）。

第1章 新制行政裁判権の概要

・根拠法⁽⁶⁾

1875年にはじまるオーストリア行政裁判制度に対する今次の行政裁判権の制度改革、いわゆる『2012年新制行政裁判権』（法律正式名称『連邦憲法典、1948年財政構造法、財政刑罰法、1969年障害者雇用法改正法、連邦社会庁法、2000年環境アセスメント法、連邦法令集法、1985年連邦行政裁判所法および1953年憲法裁判所法を改正し、若干の連邦国制法律および連邦普通法に規定される国制（憲法）規定を改正する法律（Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz, das Finanz-Verfassungsgesetz 1948, das Finanzstrafgesetz, das Bundesgesetz, mit dem das Invalideneinstellungsgesetz 1969 geändert wird, das Bundessozialamtsgesetz, das Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000, das Bundesgesetzblattgesetz, das Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 und das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 geändert und einige Bundesverfassungsgesetze und in einfachen Bundesgesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen aufgehoben werden., BGBl. I Nr. 51/2012）』（2014年1月1日施行）による行政裁判権の内容は、概要以下のとおりである。

・本質的改正点

行政裁判権を邦（ラント）行政裁判所と連邦行政裁判所で二元化する。その結果、ウィーンをはじめとする9つの邦ごとに9つの邦行政裁判所が新設され（憲法典129条・連邦行政裁判所法（BVwGG）1条。その内実は、邦ごとに置かれた1988年憲法典改正を契機として創設され1991年1月から稼動した行政不服審判機関である旧独立行政審判部（Unabhängiger Verwaltungssenat）の邦行政裁判所への再編）、これに加えて、連邦レベルでの連邦行政裁判所（旧行政裁判所）と連邦財政裁判所の計11の公法裁判所からなる行政裁判システムとなった。

これにともない、情報保護委員会 (Datenschutzkommission) をはじめとする連邦と邦レベル双方での計 120 の行政官庁が廃止された (旧連邦財政裁判所は、独立財政審判部 (Unabhängiger Finanzsenat) に再編され、102 の連邦と各邦の特別行政官庁が廃止された (新制行政裁判権別表))。

- ・地方自治体 (ゲマインデ) における不服申立の存続

他方、各地域的公共団体の固有事務にかかる法紛争については。なお旧来の行政不服申立制度が存続している (憲法典 118 条 4 項・行政手続法 63～67 条)⁽⁷⁾。

- ・行政庁決定 (処分) に対する審理申立

今次制度改革の結果、わが国の行政処分にあたる「決定 (Bescheid)」に対する取消請求に関しては、当該決定により自己の権利を侵害されたとする者は、各邦の行政裁判所に審理申立 (Beschwerde) を行なうことができるようになり (憲法典 130 条 1 項 1 号)⁽⁸⁾、邦行政裁判所 (一審裁判所) での判決・決定に不服のある場合、特定の要件を満たす限りで、連邦行政裁判所ないし憲法裁判所に控訴する 2 審制に制度化されることとなった (憲法典 144 条)。

- ・連邦および邦行政裁判所

連邦行政裁判所はしたがって、各邦での連邦行政事項に関する法紛争に関する審理申立に対する唯一の連邦全域に管轄を及ぼす最上級行政裁判所である (もっとも、連邦財政裁判所の管轄事項は除かれる：憲法典 131 条 3 項)。

邦行政裁判所が管轄する分野は、社会的事項 (例：失業保険、外国人の雇用あるいは障害者事務)、経済事項 (例：公共調達事務、経済取引市場の監督、マーケット市場の監視)、環境事項 (例：環境アセス (法) 審査の枠内での事務)、人事に関する事項 (例：個人情報保護あるいは公務員勤務法とその懲戒手続に関する事務) そして出入国管理事項である (また、今次の行政裁判権改革にともない、各邦議会の立法議決に対する連邦政府の反論権限が廃止されたことで、邦の立法プロセスが加速されることになった)。

- ・行政裁判所に対する所管の区分

これら行政裁判所は、民事と司法刑事事項に管轄を有する通常裁判所 (地区

裁判所・邦裁判所・邦をまたぐ（高等）裁判所（Oberlandesgerichte）・最高裁判所（Oberstgerichtshof）に同じく，独立の公法裁判所であるが，司法省官制に属するものでなく，その所管は連邦首相府に属し，各邦行政裁判所の所管は邦（ラント）に帰属する（また，旧来の難民認定裁判所および連邦調達庁の活動は，2014年1月1日から連邦行政裁判所に引き継がれている）。

・憲法裁判所

他方，憲法裁判所はとりわけ基本権の保護をも包摂する「国（家）制（度）の保持」をコントロールする任務を担う。特に，連邦法および各邦立法の憲法適合性（憲法典 140 条），行政庁による命令制定の法律適合性を審査し（憲法典 139 条 1 項），場合によっては無効とする（憲法典 139 条 3 項）。これと並んで，選挙もまた憲法裁判所において無効とされる（憲法典 141 条 1 項）。

・行政裁判所による違憲審査申立義務

連邦行政裁判所ないし各邦行政裁判所が，係属する手続で適用される法律ないし命令の規定の法適合性（法律適合・憲法適合）が疑われる場合，これら裁判所は，憲法裁判所における当該法規定の廃止の請求をなす義務がある（憲法典 135 条 4 項）。憲法裁判所はこれを受け，当該法規定の法適合性（例えば適用される法律が合憲的であるか否か）を審査し違法（例：違憲）であればこれを廃止する（憲法典 140 条・139 条各項）。

・憲法裁判所への控訴

各邦行政裁判所の判決については，憲法裁判所に審理申立（控訴）する可能性も存在する。行政裁判所判決の審査に関する憲法裁判所の権限発動の要件となるのは，当該判決を受けた者がこれによりその法的地位（権利）が侵害されたと主張することである（憲法典 144 条）。その権利侵害は，違憲立法の適用，違法命令の適用および基本権侵害により惹起されたとの主張による必要がある。

・最高裁判所による違憲審査申立

通常裁判所の判決は，これとは逆に，憲法裁判所のコントロールに服さない。むしろ，最高裁判所が民事および刑事司法事項の最上級審判として，下級裁判

所の決定に関する憲法適合性を監督し、場合によって疑いのある（例：違憲の法律規定の適用による）場合、憲法審理の申請を憲法裁判所に提起する必要がある（憲法典 89 条 2 項）。

・通常裁判所による違憲法令に対する審査申立

最高裁判所と並んで、他の通常裁判所（それ故また一審としての民事裁判所ないし刑事裁判所）も係属する事案に適用される法令規定の法律適合性に疑義が生ずる場合、この規定の廃止の申請を憲法裁判所に申し立てねばならない（憲法典 89 条 2 項）。

憲法裁判所は、当該規定の法適合性（適用すべき法規定が違憲か否か）について審査し、違憲であればこれを廃止する。

・当事者による憲法審理申立

2015 年 1 月 1 日から、憲法裁判所に「規範統制に関する当事者申立」の可能性が開かれた。すなわち、一審たる民事ないし刑事裁判所（地区裁判所・邦裁判所）の判決により権利が侵害されたと主張する者により提起される憲法審理申立である（憲法典 140 条 1 項 1 号 c）。主張さるべき権利侵害は、法令あるいは国家条約といった違法な一般規範の適用によるものである。以下の点が要件となる。

- ① 当該申立人が、通常裁判所（民事ないし刑事裁判所）の一審手続の当事者であったこと
- ② 申立人が出訴期間内に一審裁判所の判決に対して法的救済手段を提起していること
- ③ 法令や国家条約の違法な一般的規範の廃止を求める申請提起が適法であること（例：占有妨害排除訴訟）

なお、規範統制の申立は直接憲法裁判所に提起する（憲法典 140 条）。

・行政裁判所の審理対象行為

行政裁判所の審理対象は、行政庁⁽⁹⁾の決定（処分）の違法性（憲法典 130 条 1 項 1 号）、直接的行政庁的下命権および強制権の行使に当たる行為（Akt der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehl- und Zwangsgewalt）：

AuvBZ.「措置」同2号）の違法性、さらに行政庁の決定義務の侵害（不作為）である（同3号）。

・連邦行政裁判所

連邦行政裁判所は、首都ウィーンに設置される行政裁判所のひとつである。連邦行政裁判所は、以下の事項について審理判断する。①連邦行政庁により「直接に」執行される連邦行政（連邦執行）（憲法典130条2項1号）、②連邦行政事務の執行に関する「公的委託事務」で、連邦行政裁判所の管轄が予め規定されているもの（同2号）、③連邦公務員の公務員勤務法事項に係る紛争で、連邦行政裁判所管轄が予め規定されているものである（同3号）。

・連邦財政裁判所

なお、連邦財政裁判所も連邦行政裁判所のひとつであり、「連邦租税庁ないし財政反則取締庁により直接に」実施される以下の事項について管轄権を有する。①租税事務（連邦・邦およびゲマインデの行政負担を除く）、②財政反則法に関する事務、③その他法律で定められた事項である（憲法典131条3項）。

・邦行政裁判所の管轄事項と手続

他方で、各邦（ラント）行政庁である、地区行政庁、邦（ラント）首長、邦政府およびゲマインデによる決定に対する審理申立は、各邦行政裁判所に提起する。各邦行政裁判所は、決定の違法性について判断することができる。ただし、その手続は次の通りである。

権利侵害の原因が違法な決定によるとして審理申立を行なうものは、当該決定を発給した連邦行政庁に対し（行政裁判所手続法（VwGVG）9条2項1号）4週間以内に審理申立を行わなければならない（行政裁判所手続法7条4項）。各邦行政裁判所は、申立において主張された理由に拘束される（弁論主義）のであり、それ以外の法（権利）侵害については審理しない。

・邦行政裁判所判決に対する控訴要件

特定の要件の下でのみ、各邦行政裁判所の判決に対する連邦行政裁判所への「控訴（Revision）」が許される（憲法典133条4項）。すなわち、根本的根幹的意義を有する法課題の解決に資する場合、特に当該判決が連邦行政裁判所判

例に逸脱ないし違反し、あるいは解決すべき法課題が連邦行政裁判所の従来判例において統一的に回答されていない場合、控訴が許される（行政裁判所法 25a 条 1 項）。

・憲法裁判所への控訴要件

他方、憲法裁判所は、次のような場合に各邦行政裁判所の判決に対する審理申立に対して判断を下す。すなわち、①当該判決により申立者の憲法上保障された権利が侵害され、あるいは違法な命令の適用により権利が侵害され、②ある法律の再公布に関する違法な告示、違憲の法律・違法な国家条約の告示によって権利を侵害されたと主張する場合である（連邦憲法典 144 条）。

・地方自治体の固有事務に対する訴え

なお、各邦におけるゲマインデの固有事務に関する法紛争については例外となる。ここでは、各ゲマインデ内部の不服申立手続が尽きた場合にはじめて、所在する邦行政裁判所に審理の申立をすることが可能である（憲法典 118 条 4 項）。

・連邦行政裁判所の新しい地位

新しい連邦行政裁判所は、「直接的連邦行政執行事務に関する行政庁決定」への審理申立の最終的審級である。

・審理申立の種類とその要件

各邦行政裁判所における審理申立は、「決定（処分）」、「直接的行政庁的下命権および強制権の行使に当たる行為（「措置」）」、「決定義務の懈怠（不作為）」あるいは教育事務に関する「行政規則」に対する審理申立といった申立形式で提起することができる（憲法典 130 条 1 項 1～4 号）。

決定（処分）に対する審理申立資格は、決定により権利が侵害されたことを主張する者に対して認められる（これとは別に、特定の事項については、管轄を有する連邦大臣も審理申立の資格を有する。これを職権審理申立という（憲法典 132 条 1 項 2 号））。

・審理申立期間

当事者は、決定から 4 週間以内に審理申立を行なう必要がある（行政裁判所

手続法 7 条 4 項）。審理申立期間を遵守し要件を満たす申立は、原則として執行停止効果を有する（行政裁判所手続法 13 条 1 項。原則的執行停止）。

・各審理申立の資格等

措置に対する審理申立の資格者とは、直接的行政庁の下命および強制権の行為（措置）により権利を侵害されたと主張する者である。当該措置が行なわれたことを知った日から 6 週間以内あるいは審理申立を阻む事由が消滅した後までの間に提起することができる（行政裁判所手続法 7 条 4 項 3 号）。

不作為（決定義務違反）に対する審理申立資格者とは、行政手続において当事者として決定義務の主張申立の権利を有すると主張する者（申請者）をいい、6 か月を超えてもなお決定なき場合、個別の法律上がより短期ないしあるいはより長期の決定期間を規定している場合はこの期間を超えてもなお決定がない場合に審理を申立てることが可能である（行政裁判所手続法 8 条 1 項）。

行政規則に対する審理申立の資格は、委員会の決定に基づいて、邦教育委員会が申立を提起する。規則の発効から 4 週間以内に提起しなければならない（行政裁判所手続法 7 条 4 項）。当該申立は執行停止の効力を持たず。特別の理由がある場合のみ官庁は執行を停止する（行政裁判所手続法 13 条 3 項。例外的執行停止）。

・審理申立対象の拡大可能性

連邦法律および各邦の議会立法は、更なる審理申立請求事項を定めることができる（憲法典 130 条 2 項柱書）。

・申立の手続

審理申立要件としては、①対象となる行政行為、すなわち決定・措置・指令（職務命令）に対し、②被告行政庁を相手として、③違法性とする根拠（違法の程度）、④審理申立を行なうことについての理由、⑤審理申立が期間内になされたことの主張を行なう必要がある（行政裁判所手続法 9 条 1 項）。

また、行政刑罰手続にあっても審理申立は可能である（憲法典 130 条 4 項）。

・審理申立に対する手続

原則としてすべての審理申立は、行政裁判所ではなく相手方行政庁に対して

行なう。ただし、措置に対する審理申立のみが直接邦行政裁判所に対して行なう（行政裁判所手続法 12 条）。

被告行政庁は、審理対象である決定（処分）を行なった行政庁、措置の効果が帰属する行政庁、不作為事項すなわち決定を行なわなかった（決定義務を怠った）行政庁であり、その機関が行政規則（内部命令）を発した行政庁であり、また行政手続を課した行政庁である。

・審理申立に対する予備決定と審理係属申請

措置に対する審理申立を除き、その他の審理申立を受けた行政庁は、2 か月以内に決定を職権で取り消しあるいは変更し、審理申立を却下ないし棄却することができる。いわゆる「審理申立に関する予備決定（Beschwerdevorentscheidung）」（行政裁判所手続法 14 条）を行なうことができる。当然ながら、行政庁は書類を取りまとめて各邦行政裁判所に審理申請を提出できる。当事者は、予備決定手続の結果送達を受けて 2 週間以内に、審理申立が行政裁判所の決定を求めて係属すべきことを申請できる。いわゆる「審理係属申請（Vorlageantrag）」である（行政裁判所手続法 15 条）。

・審理手続

各邦の行政裁判所は、申立ないし必要に応じて、職権で公開による口頭手続を実施する義務を負う（行政裁判所手続法 24 条 1 項）。審理は、例えば、書面文書等から当該決定が廃止さるべきでありあるいは当事者が審理手続を放棄することが明白な場合は行なわれない（行政裁判所手続法 24 条 5 項）。

・審理申立に対する行政裁判所の判断等

判決（Erkenntnis）ないし決定（Beschluss）により、行政裁判所は審判を行なう（行政裁判所手続法 28 条）。

行政裁判所は、重要な事実が確定され行政裁判所自らの事実確定が迅速性に適いあるいは費用の縮減に大きく貢献する場合には、事案について自ら審判を下す（行政裁判所手続法 28 条 2 項 2 号）。行政裁判所はさらに、被告行政庁が行政裁判所に対して審理申立に際し反論しなかった場合自ら審判を下さねばならない（行政裁判所手続法 28 条 3 項）。

行政庁が必要な事実の調査を行わない場合、裁判所は原決定を裁判所決定により廃止し、新たな決定の発給を行うよう原処分庁に差し戻すことができる（行政裁判所手続法 28 条 2 項）。

措置に対する審理申立の場合、申立が却下あるいは棄却されない場合、当該措置の違法性を宣言し必要に応じてこれを廃止する（行政裁判所手続法 28 条 6 項）。

不作為に対する審理申立の場合、各邦行政裁判所は差し当たりその判決個々の重要な法課題の判断に限定し、原処分庁に対し決定の再考を依頼することができる。当該行政庁がこれを拒否する場合、行政裁判所自らが審判を下す（行政裁判所手続法 28 条 7 項）。

行政規則（内部命令）に対する審理申立にあつては、規則の公布前の法状況が規則の廃止によって回復されることになる（行政裁判所手続法 28 条 8 項）。

注

- （6）本章記述は、オーストリア連邦首相府による行政情報提供窓口サイト（HELP.gv.at）における「新制行政裁判権概要（Allgemeines zur Verwaltungsgerichtsbarkeit Neu）」を参照した。その他、オンラインで提供されている研究者による簡易な解説として Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Wesentliche Neuerungen im Verfassungsrecht 2014, やや詳細なものとして Karl Weber, Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012, Die Reform des Rechtsschutzsystems und ihre Auswirkungen für die Praxis, Andreas Hauer, Verwaltungsgerichtsbarkeit Neu および Martin Köhler, Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit がある。また、新制度発足を契機に創刊された季刊法律専門誌『Zeitschrift der Verwaltungsgerichtsbarkeit』（Feb. 2014）Nr. 1, 65ff. にも、2 元化された行政裁判所制度に関する詳細な情報が掲載されている。なお、資料とした手元の記念すべき第 1 号は、一昨年度の在外研究滞在スタートの時期に、今は亡き恩師オーグリス（ウィーン大学名誉）教授から「関心があるか」と贈呈されたものである。今回もしかして最後となってしまったが、筆者の研究着手の端緒と機会をいただいた、本小論を教授にも献呈したい。
- （7）ゲマインデの固有事務の執行は市長権限として実施されるが、これに対する不服はゲマインデ議会に申立てる。議会の裁決を得た後これに不服の場合、はじめ

て邦行政裁判所に審理申立が可能である。すなわち、ゲマインデ議会への審査請求が邦行政裁判所への審理申立要件とされている。Susanne Fürst / Oskar Takacs, *Verwaltungsverfahren*, 8. Aufl., 2015. 64f. なお、地域的自治団体の固有事務の内容と執行等については、拙著「オーストリアの自治法システム」ジュリスコンサルタス17号（関東学院大学法学研究所）（2007・12）173（188）頁以下を参照せよ。なお、各邦に設置の新制行政裁判所とゲマインデとその固有事務との特別な関係性から考察を加えるものとして、Harald Stolzlechner / Christian Aufreiter / Michaela Lütte, *Die Organisation der Verwaltungsgerichte in KWG* (Hrsg.), *Verwaltungsreform — Verwaltungsgerichte Symposium* 2013, 2014, Iff(6). がある。

- (8) Andreas Hauer, *Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte*, in Andreas Janko/David Leeb, *Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz - Entstehung und verfassungsrechtliche Grundlagen*, 2013. 27 (29ff).
- (9) 「行政官庁 (Verwaltungsbehörde)」とは、「少なくとも法観念上、決定の発給を可能とする能力を有する (授権された) 機関」をいう。したがって、これはわが国行政法学における行政庁概念と同義であるため、本稿では「行政庁」と表記する。Wolfgang Fasching / Walter Schwartz, *Verwaltungsverfahrenrecht im Überblick*, 5. Überarbeitete Aufl., 2014, 62.

第2章 憲法典における行政裁判権

本稿の関心は特に警察官の行なう広義の事実行為（行政調査・即時強制を含む）への事後的法的統制の可能性を探るものである。本節では、その際対照をなす二つの行政活動、すなわちわが行政法学においては「処分ないし行政行為」概念に当たる「決定」および「公権力の行使に当たる行為」と観念される「措置」に対する行政裁判所に対する審理申立の憲法保障を糸口として、相互に対照しつつ2つの概念を分析する。

今次改正を経た憲法典第7章「国制と行政の保証」A「行政裁判権」第130条第1項では、行政庁の決定に対する邦行政裁判所に対する審理申立を次のように規定する。

「憲法典第 130 条

(1) Die Verwaltungsgerichte erkennen über Beschwerden

各邦行政裁判所は、以下の各号の点に関する審理申立てに対し判断を行なう。

1. gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen
Rechtswidrigkeit;
行政庁の決定の違法性について。」

オーストリア公法学における行政活動あるいは作用の類型は、わが国の処分に該当する「決定」、「命令」、「措置」、「事実行為」、「行政法上の契約」そして私経済活動としての「契約」の 6 類型である。この中で中心的地位を占めるのが、わが国同様「決定」概念であり、「外部に対して個別的に規律効果を有する行政の活動形式」をいう⁽¹⁰⁾。以下、憲法典におけるその位置づけと特性を考察する。

第 1 節 決定に対する統制

1. 憲法典における決定概念

連邦憲法は、決定を、特定の事実関係に対する個別具体的な「法創造 (Rechtserzeugung)」の一つの形式として規定する。決定に対して、一定の範囲で、特別の権利保護システムを用意する。すなわち、決定の形式で行われた行政庁の法判断行為に行政裁判所への審理申立の可能性を憲法保障として付与している（憲法典 130 条 1 項 1 号）。

ここにおいて憲法上所与の前提とされている決定概念とは、「高権的行政作用 (hoheitliches Verwaltungshandeln)」⁽¹¹⁾ のひとつであり「特定の名宛人への個性性」の点で「行政命令 (立法)」と異なり、決定は「原則として要式性と行政手続の縛りを受ける」（要式性・行政手続への被拘束性）の点で「個別的下命 (命令権)」と区別され、行政組織外の「法服従者」である一般国民に向けられる点で、内部の職務従事者・機関担当者に向けられる「指揮ないし

指令（訓令・通達）」とは区別される。

他方で、本条は法史的観点からの解釈も重要である。決定概念を前提に制定された（一般）行政手続法（AVG）と同じ 1925 年、遅れて憲法典改正がなされた点に注目されるべきである。何故なら、憲法制定者は行政手続法において「決定」とされた概念や特性を視野に置いていたからである。この経緯から、規定された法手続に拘束され（行政手続法 37 条・56 条）要式性にも適合すべき（行政手続法 56 条・58 条）行政庁の「高権的行為」（わが国の表現では「公権力性」。一般には「行政庁的」と表現される）の発給が決定として理解される。

憲法裁判例（VfSlg 13642/1993）によれば⁽¹²⁾、憲法典 144 条の意味での決定とは「行政事務を個別に特定される者に対し法的確定力を有するかたちで規律的に処理する場合、それ故当該事務が個別の事例につき法関係の拘束的形成ないし確定を内容とする場合、行政手続法 56 条以下の決定の形式性を有するか否かに関わらず」決定とみなされる（314）。これは「行政手続法上定型化された行政の決定意思表示の中心的な形式」としての決定の特性であり、（316）高権的行政の分野において国家的行政庁により行政手続に適合して下される個別的かつ外部効果的な規範である。

2. 決定の特性

A 「行為」の送達

真の決定は、手続に関与したすべての当事者に送達される。規律的国家行為が法的実体を得ることで、はじめて決定たる最低限の条件を満たすことになる。すなわち決定は、法効果が及ぶ者すべてに適式に送達されてはじめて発効する（317）。

B 「決定」表示

法律上の授権という観点から、一般的に、立法者が法文上「決定による」行政事務の処理を規律すれば、明らかに提示された行為形式の点で決定であることには疑義がない（318）。

C 国家的行政庁（318）

「広義の国家的行政庁，すなわち高権的行為の実施を授權される行政機関（行政庁）によってなされる行為（319）」をいう。

D 高権的行政分野（320）

決定は定義どおり「高権的行為」である。これにより，決定は私経済行政分野における個別的規律的行為である契約と区別される。

E 外部性（321）

決定の決定的要素として，対外的行為すなわち法服従者に向けられているということが重要である。これにより特に，機関担当者ないしその属性において公務従事者（公務員）という地位に向けられる「指令・訓令」と区別される。

F 形式適合性（324）

決定と措置を区分するものとして，前者は行政手続に拘束され，後者は「行政手続から相対的に自由である」点がある。ほとんどの場合，決定の発給権限を有する行政庁は行政手続法を適用しなければならない。この点から通常，決定の発給に先立ち，当事者からの聴聞の確保のもと特定の形式を満たす審査手続を先行しなければならない，決定は特定の方法で——「決定」表記・発給・理由付記・教示という構成・形式で——なされる必要があり，決定は名宛人に向け特定の方法で送達される必要がある。

G 個別性（326）

決定は一（ないし多数の）個別の特定の名宛人に向けられなければならない点が主たる本質的要素をなし，それ故行政手続法が前提とされている。決定が何人にも向けられず，あるいは——これと同旨と見做される——非人間的存在に向けられる場合（例：集合住宅 X 宛）には，絶対的に無効となる。

他方，該当する人的集合体に向けられる場合は，行政法学上の定義に従えば「行政命令」となる。

H 規律的性質——授權構成（328）

行政庁の執務所では絶えず多数の文書が誕生するが，そのすべてが規律的（規範的）処理を意味するものではない。大抵は，通知文，情報の提供等あら

ゆる種類の国家的広報である。法状況が形成され拘束力をもって確定されること。単純化すれば、特定の法状況がある行為の発給によりかつて（以前）とは別種の存在となり、そうなることが確実な場合にこれを規範的行為ないし規律的行為という。

I 規範——行為正当化（337）

「具体的に存在する行為の同一性の確定」に関しては、「行政庁が決定を正に決定として明示すべきこと」（行政手続法 58 条 1 項）が、行政手続法適用の前提となる。個別的な高権的行為を決定と表記することで、それ故一般的に、行政庁は規範的な確定に向ける意思を表示するのである。

注

- (10) 本章の記述は、主に Bernhard Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2013 (312ff.) によるものである。なお、本文中のこの数字は掲載頁数を表す。「決定」（処分）概念自体に関する近現代的研究書を代表するものとして Günter Winkler, Der Bescheid — Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt, 1956. があり、そこではすでに特徴として「意思表示」、「行政庁」、「行政庁の意思表示」、「特定される個人」、「形式的意思表示」があげられ、さらに Bernd-Christian Funk, Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem — Eine ideengeschichtliche, funktionstheoretische und rechtssystematische Untersuchung mit Ausblick auf die bundesdeutsche Rechtsordnung, 1978. でも、ドイツ公法学との比較から、オーストリア法における「行政行為」概念の属性を、「行政庁による行為性」、「一方性」、「高権の性格」、「外部効果」、「法形成的効果」、「個別性」としている。現在の標準的教科書においても共通の特徴をふまえた記述がなされており、概念として確立している。例として、定評ある公法入門書である Harald Stolzlechner, Einführung in das öffentlich Recht, 6. Aufl., 2013, 400ff., また、代表的憲法教科書である Mayer / Kucsko-Stadlmayer / Ströger, Bundesverfassungsrecht, 11. Aufl., 2015., 313ff. が、また行政法分野では、注 11 にあげる教科書（特に 214 頁以下）をはじめ、Grabenwarter / Holoubek, Verfassungsrecht Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 2014, 326ff., Kahl / Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2015, 240. 等がある。

- (11) Kahl / Weber, aaO., 227ff. によれば、高権行政に該当する行為として、行政命令、決定、直接的行政庁の下命権および強制権の行使、行政法に基づく契約

（形式的行政行為）、内部行為としての（機関）指令があげられている。

- (12) 憲法裁判所判決の原文は、以下のとおりである。「In seiner bisherigen ständigen Judikatur kam er zum Ergebnis, daß dies dann angenommen werden muß, (当憲法裁判所のこれまでの継続する後掲の判例を見ると、以下の場合には「決定」に当たると見るべきである。以下は本文で訳出) wenn die Erledigung gegenüber individuell bestimmten Personen eine Verwaltungsangelegenheit in einer der Rechtskraft fähigen Weise normativ regelt, wenn sie also für den Einzelfall bindend die Gestaltung oder Feststellung von Rechtsverhältnissen zum Inhalt hat, ob sie nun in Form eines Bescheides nach den §§56ff. AVG ergeht oder nicht (vgl. zB VfSlg. 4986/1965, 6187/1970, 8744/1980, 9244/1981, 9444/1982, 11077/1986, 11415/1987, 12321/1990; 12753/1991, S 786f.).」

第2節 「措置」に対する統制

同じく憲法典第130条1項2号は、わが国争訟法にその要件として規定される「公権力の行使に当たる行為」に相当する「直接的行政庁の下命権および強制権の行使に当たる行為」、すなわち「措置」に対してもその審理申立を保障する（条文標題として「措置審理申立」と表記し、その条文中に「直接的行政庁的下命権および強制権の行使」と表記するものに連邦租税法（BAO）283条がある。）。

「2. gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit;

直接的行政庁的下命権および強制権の行使の違法性について。」

憲法典130条1項2号は、措置に対する審理申立について、行政裁判所に直結する管轄を規定する（364）⁽¹³⁾。措置はそれ故、行政作用（活動）の形式かつ法創造の形式としても「決定」と同格で、憲法的に位置付けられていることになる。憲法上予め特徴づけられるこの概念は、体系的かつ歴史的考察から解

釈される必要がある。

「指令・訓令」概念とは「外部性」つまり法従属者に対してなされる点で比され、(口頭によるものを含む) 決定概念とは、要式性および行政手続からの相対的自由性を有し、行政事務の法確定的処理に向けられるものでないとの点で決定と区別される。

歴史的には、1975年に憲法典に導入された措置概念が「事実上の職務行為(faktische Amtshandung)」をめぐる法紛争に対する憲法裁判所判例の蓄積の上に構築されたことは看過されてならない。例えば、一般性包括性を内容とする高権的規律行為は、措置ではなく命令と観念され、行態規制(Verhaltensanordnung)および強制執行行為も措置とは認識されない。

措置とはつまり、行政庁でなく、行政「機関」により高権行政分野で個別的に外部に向けられ、行政手続規律から比較的自由に下される命令(下命権行使)ないし直接的に行使される強制(強制権行使)が、本質的に措置と解される。

行政裁判所判例では、措置行為は「行政機関が、高権行政の枠内で一方的に下命しあるいは強制力を行使し個々に特定される名宛人に向けられる」ものとされている。

以下、決定と同様にその特性を個々に検証すれば、以下のとおりである。

2. 措置の特徴

A 行為表示性

行政行為の存在は、オーストリア法の理解では、原則、能動的行為すなわち「作為」を意味する。行政裁判所への審理申立として、急迫の措置に対し予防的に申立を提起することはできない。例えば要請されていても、警察官による介入自体がなければ、措置は存在しない。

他方で、個々の特別の事情のもとで主張・申請された権利に対する行政上の不作為は、憲法裁判所判例により措置と解されている。

なお近時の法律では、しばしば措置が条文上明記されている(365)。例として、安全警察法33条(危険な侵害の終結)、49条(非常命令権)、78条(直接

的強制権の行使）等をあげることができる。

決定との比較で行政手続法から相対的な自由性を有する措置にとって、実定法上与えられる実体法条文での措置という表記・用語はそれ自体特別の意味を持たない。

例えば「要請（Aufforderung）」、「指示（Anordnungen）」、「指図（Weisungen）」、「退去指示（Wegweisungen）」等は下命としての命令措置であり、他方、「拘引（Festnahmen）」、「押収（Beschlagnahmen）」、「確保（Sicherstellungen）」、「除却（Entfernungen）」、「退去（Zurückweisungen）」は、後続する作用の要件として設定されている場合は措置（強制行為）足りうる。

事実上なされた行為が決定と明示されるならば、決定という表記の故に、措置には該当しないと推定される。いずれにせよ、法律が明示的に「措置」と表示している場合は、この関連で行われるあらゆる行為も措置とみなされるべきであるという点が重要である。

B 行政機関性

措置であるとの認定は、当該行政による作用が行政「機関」によってなされた、あるいはなされることを要件とする。これまで、命令および決定では「行政庁」によることが重要であったが、措置はむしろ行政官庁職員（機関）による措置は例外として、職務責任法（AHG）1条2項にいう広義の機関概念を基礎としている⁽¹⁴⁾。ここにおいては、何より執行機関（警察機関）が第一義であり、行政庁それ故また地域の公共団体の「延伸する手（行政補助者：Verwaltungshelfer）」たる地位に立つ私企業ないし民間人による実施を前提としている。それ故、その効果の帰属問題が——国家行為かまたはたまた私的強制かの区分基準が——、職務責任法分野と同様に重要である（365）。

C 高権的行為性（367）

本特徴は、必ずしも行政機関としての地位ないしは高権的行為への抽象的な権限設定とパラレルではない。古典的な治安（安全）および行政警察的行為にあっては、したがって——その他の要件が満たされれば——措置となる高権的行為が主要テーマとなる。

地域的公共団体（ゲマインデ）は財産の所有者として私法上の権限も帰属するから、行政事務としての対象物の排除・撤去（例：公共施設職員によるプラカード撤去や賃貸主たる公共団体の有する公営住宅のドアの実力強制的な開錠）は、私法上の自力救済行為（一般民法典（ABGB）344条）でもある（市営プールでの遊泳禁止も同義である）。

D 個別性

行政命令（行政立法）の一般性・包括性のエレメントは、行政手続からの非拘束性と重層する。

例えば、命令が不特定多数に発せられる場合、時として措置ではなく命令が問題となる。それ故、名宛人の特定という特定性が措置であるとの判断基準となる。

E 外部性（S. 369）

措置は、法服従者に対する規律的行為であり対外的関係において実施される。職制内部でのみ発せられる指揮（訓令）はこのカテゴリーに該当しない。行政手続や要式を踏まない上官の下部機関への命令（特に軍隊内の命令）は、この理由からも指令に当たるのであって措置ではない。

F 直接性

独立した一方的下命ないし強制があることが措置の構成要素であり、措置が適式の行政手続を経由しないことが重要である。憲法典 130 条 1 項 2 号は——特に強制行為たる——措置に言及しているのであり、間接的強制行為はこの法概念に該当しない。

強制執行の規律性は執行権原自体に由来しこれを理由として固有の権利保護レジームに服する「強制執行行為（Vollstreckungsakten）」（1991 年行政執行法（Verwaltungsvollstreckungsgesetz））との区別が、事理上重要である。

G 要式性・行政手続からの相対的自由性

この特徴によれば、措置——特に下命行為（下命権行使）にあって——は、すでにふれたとおり行政手続および要式性に原則として拘束される決定（371）——例えそれが口頭によるものであれ——とは区別される。それ故、措置と決

定の境界事例にあっては、形式的な基準および事案の状況から認識されあるいは認識できる決定意思の欠如、例えば決定「表記」の欠如、あるいは決定の名宛人でない者に対する行為といった点が、決定的要素となる。しかし一般には、措置についても一定の手続規律は存在するため、行政手続からの「相対的な」自由性という点が強調されることになる。

例として、行政刑罰法（VStG）39条2項による暫定的差押えの際には、当事者に「遅滞なく証明書を交付すること」が求められている。また、免許証の暫定的な押収（差押え）に関しては免許法（Führerscheingesetz）39条、行政刑罰法37a条、武器法13条1項、道路交通法100条3a項があり、行政刑罰法35条3号による拘引拘束（Festnahme）は、侵入者が「制止・諫止（かんし：Abmahnung）」を受けたにもかかわらず、可罰的行為を止めないことを要件としている。

このような要式性・手続法的特性を別にすれば、決定にとっては条文規定に即した調査手続と一定の外部的な表示表記方法（行政手続法56条以下）が特徴となる点が、重要である。

H 命令行為の規律性

決定と執行行為のいずれにも該当しないという前提の下で、行政「機関」（警察官）の口頭による外部に向けた下命や命令は、事案の状況から、大抵は規律的な下命として十分明確であると認識される。

例えば、警察官による事故発生現場からの退去・退避命令（安全警察法38条）、走行自動車に対する路側帯への停止命令（道交法97条5項、国境警備法（Grenzkontrollgesetz）12a条）、自動車キーの提出を命ずること（自動車走行法（Kraftfahrgesetz）102条12項）、連邦財政庁法務職員の従業者に対する特定機械の停止命令（営業法360条）あるいは排水口の閉鎖命令（水利法（Wasserrechtsgesetz）31条）、市長の没溺（しゅんせつ）船の操縦者に対する特定の洪水氾濫危険地域への航行指示（水利法49条）、航空管制による無線での飛行機に対する離陸禁止、あるいは警告射撃（武器法（Waffengesetz）2条）、走行する警察車両からの手信号や標識版の掲示は、大抵は下命として十

分明確に認識されよう。

しかし、判例の対応は制限的であり概して「こじつけ的」とであるといえる。行政裁判所は、——一般的な司法表現とは別に——「明白に命令が下されていること」を要件としている（例として『止まれ。さもないと撃つぞ！』）。したがって、執行機関の単なる要求・要望の表明は（372）措置ではないとされる。行政裁判所判例によれば、命令の不遵守の際、直ちに追加的な手続を経由せずに物理的制裁が受命者を威嚇している場合に措置とされる。したがって身分証提示の求めは措置には当たらず、むしろ「主観的権利侵害を理由とする審理申立」に関する安全警察法 88 条 2 項（第 3 章第 3 節で詳述する。）での処理とされよう。

これとは逆に身柄拘束の威嚇は、憲法裁判所判例では措置と解されている。不服従の際の権能の停止、施設の停止や刑事手続の着手が連続する場合の「要請」は、判例では措置とされていない。下命措置の不可欠要件である服従要求は、後続の職務行為着手の前提として裁判所の令状（裁判所命令）がある場合には認められない。

I 強制行為の規律性（374）

強制執行が問題とならない場合を前提とすれば、国家の権力独占の顕著な発現形態は、一般に、強制行為としての措置よりは容易に認識できる。すなわち、目標物に対する意図的射撃、占拠ストライキの関与者を警察車両に乗せること、放置トラックが牽引されること、事業施設の稼働が停止されること、主要窓口が操業停止となること、動物が収去されること、トラックのナンバープレートが撤去されること、さらに医療施設への人の強制的な連行（安全警察法 46 条による）や施設に入所を命ずること、特に本人の要請に基づかない収容（収容法（Unterbringungsgesetz）8 条以下）は措置に該当する。

確かに、よりセンシブルな場合は線引き問題が生ずる。例えば、身分確認のための人の制止、あるいは当事者には何をすべきが不明な状態での制止、私有地に行政機関が無権限で立ち入るといったケース。このようなグレーゾーンを処理するために、学説では、例えば、当事者に対し当該行為にどの程度の「受

忍命令」が暗示されているか（法的服従あるいは受忍義務を根拠とする服従義務か）、(375)（一部追加的に想定された先行的な）行政庁的意思行為が、排除の請求がなかった点に加えて、主観的権利への「侵害」ないし「意図的侵害」から出発していた否かの審査方法が提示されている。

これらの分析考察の方法のいずれもが重要な視点を明確にはしているが、別途、新たな線引き問題を生じさせることになる。当てはめ問題のすべてを解決する確立した視点はない。措置概念自体の開放型という実体からも、それは不可能である。

職務責任法（AHG）で問題とされる損害発生の原因となる「単なる出来事」と「措置」の間には絶えず流動性が残るのである。論者により主張される、「意思行為」（Mayer）あるいは「意図」（Merli）という指標の存在に着目しても、区別ないし線引きの問題解決に有効ではない。というのも、義務的性質と当事者に対する反抗禁止が客観的な状況から十分に明らかである必要があり、したがって、完全な意思形成、意思の内実、意思の方向性といった行政機関の主観的要素は問題とされない。

ある行為の判定に重要であるのは、「意欲される」こと（主観的意図）ではなく「宣言される」こと（客観的表出）である。したがって、一連の職務行為の過程で当初から想定された単なる射撃も、措置と見做されうる。当事者にとって直接には覚知されない作用も、措置でありうる。ある私有地での地権者の許可を得ない（当該地権者の知らない）連邦軍の訓練も、外観の状況からは戦車の「単なる（事實的）通過」に過ぎない場合も強制行為（措置）を構成する。

威嚇の客観的な印象とは、措置の主体がまったく意図しない場合にも発生しうる。大抵、「意図性・意図されていること（Willentlichkeit）」は、明らかに規律的な強制行為と単なる行政プロセスでの不運な事象の間の線引きへの実務的には十分な接近を可能にする（375）。

注

- (13) 本章の記述は、主に Raschauer, 前掲書 (注 10) (364ff.) を参照した。なお、本文中の数字は掲載頁を表す。他書における「措置」に関する記述としては、Grabenwarter/Holoubek, aaO., 405ff., Mayer / Kucsko-Stadlmayer / Ströger, aaO., 314, Kahl / Weber, aaO., 246ff., 等がある。
- (14) オーストリアにおける国家賠償法である職務責任法については、拙著「公務員の職務責任と機関責任——オーストリアにおける職務責任法概説——」法科大学院論集第 12 号 (2013・3) 143 頁以下を参照せよ。

末筆ながら、円谷峻教授、藤原俊雄教授ならびに田中康郎教授のご退職を心からお祝いし、今後のますますのご健勝とご発展をお祈りいたします。

なお、本稿は日本学術振興会科学研究費基盤研究 (C: 課題番号 25380045) による研究の成果の一部である。